

東洋大学学術情報リポジトリ Toyo University Repository for Academic Resources

治療拒否における自己決定権について

著者	西元 加那
著者別名	NISHIMOTO Kana
雑誌名	東洋大学大学院紀要
巻	55
ページ	1-21
発行年	2019-03
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00010575/

治療拒否における自己決定権について

法学研究科公法学専攻博士後期課程3年

西元 加那

要旨

現在、医学の進歩や、医師・患者関係の変化に伴って、人間の尊厳や患者の権利の思想が医療の領域にも定着し、医療をめぐる法律問題も多く論じられるようになってきた。医師による（とくに侵襲結果を伴う）医療行為が正当化されるためには、患者の同意が必要とされている。治療を受けるか受けないかの決定は患者自身が行うべきとして、「自己決定権（Selbstbestimmungsrecht）」が主張されるようになったのである。医療行為に同意するかどうかは一身専属性を有する判断であり、未成年者であっても、判断能力がある場合にはその本人の承諾が必要であるとして、学説・判例は一致しているが、このような患者の同意についてはなお議論の余地がある。それは、刑法解釈上の解決を要する問題も生じさせている。すなわち、患者の自己決定権は、患者の同意を考慮する際に関わる重要な権利であるが、医療行為に関する決定は「生命・身体・健康」という高度に個人的な利益にかかわる判断であり、それを処分・侵害する方向に働く自己決定であっても、自己決定権は絶対的に尊重されるべきかという問題である。

本稿では、そのような患者の自己決定権を中心に検討を行う。具体的には、そもそも治療に関する自己決定権というのは、どのようにして認められるようになってきたのか、その法的根拠について概観し、その性質は、刑法上どのように解釈するのが妥当であるかを検討する。そして、患者の自己決定が刑法上影響を与える問題として、患者の意思に反する治療行為の取扱い、すなわち専断的治療行為の問題について、若干の考察を行う。

キーワード

自己決定権、患者の自己決定、治療拒否、専断的治療

目次

はじめに

第1章 治療に関する自己決定

第1節 治療拒否に関する自己決定権の法的根拠

第2節 治療に関する自己決定が有する正当化効力

第3節 検討

第2章 刑法上の自己決定

第1節 憲法13条と自己決定権概念

第2節 自己決定を独立した利益と捉える見解

第3節 自己決定を法益処分権と捉える見解

第4節 検討

第3章 専断的治療との関係

第1節 身体法益と専断的治療行為

第2節 生命に関わる緊急を要する治療行為

第3節 小括

おわりに

はじめに

今日、自己決定権に関する議論は多くみられる。なかでも、医療に関わる自己決定権については、たとえそれが生命・身体の維持に直接影響を及ぼす場合であっても絶対的に尊重されるべきか否かという困難な問題が生じる。インフォームド・コンセントが確立した現代であっても¹、患者の意思と医師の職業上の倫理・義務が一致しない場合がある。また、刑法的に検討する際には、以下のような問題も生じる。すなわち、患者の意思に従って治療を行わない、もしくは中止することによって患者が死亡してしまえば、同意殺人、あるいは不作為の殺人が成立してしまう可能性がある。他方、患者の生命（ないしは身体）を救うために、患者の意思に反して治療を行ってしまうことは傷害罪として違法となりうる可能性も考えられる²。このように、どちらにせよ法的責任を問われかねないという意味で医師が追い詰められることは決して適切ではない。本稿では、治療について「同意する」・「意思表示をしない／意思が不明」・「拒否する」ことを区別し、とくに治療を拒絶することに焦点をあて、患者の「自己決定権」と、それが刑法上の解釈に与える影響について考察を試みる。

第1章 治療に関する自己決定

自己決定とは、自己による決定であり、同時に自己についての決定である。こうして、自己に関する事柄につき自分自身で決定することを、個人が有する「権利」とであると位置づけて、しばしば「自己決定権」とよぶ。たしかに、自己決定が、自分について自分で決定することであると定義できる以上、わが国の憲法13条前段（「すべての国民は、個人として尊重

される」に、それを権利とする根拠を見出すこともできよう³。憲法上、幸福追求権のひとつとしてプライバシー権があると解することができ、今なお発展中の権利であるためその形態は様々であるが、これは個人の私生活のあり方を個人が自由に決定すること自体にまで及んでいるとされる⁴。そして、個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項を公権力の介入・干渉なしに各自が自律的に決定できる自由には、医療拒否の自由（とくに生命の処分を決める自由）が含まれるとされ、憲法上の具体的権利と解することもできるのである⁵。しかし、とくに医療の現場での自己決定、そしてその中でも治療を拒否もしくは中止するという方向の自己決定であっても、まったく同様の性質をもつ「権利」として試みるのが適切だろうか。本章では、治療を拒否または中止するという旨の自己決定が、刑法上の評価にとって、どのような性質・効果を有するものなのかについて検討を行う。

第1節 治療拒否に関する自己決定権の法的根拠

治療に関する自己決定には拒否も含まれるが、そもそも、それはどのような根拠に基づいて権利として提唱されるものなのだろうか。本節では、とくに、自律性の尊重が自己決定権として表現されてきたアメリカ合衆国の判例を取り上げて検討する。アメリカ合衆国において治療に関する自己決定を扱った事件としては、次のようなものが挙げられる。

まず、重篤な脳の損傷によって永続的な植物状態となったカレン・クインランの父親が、娘のレスピレーター（人工呼吸器）の除去について裁判所の許可を求めたクインラン事件⁶が非常に著名である。ニュージャージー州最高裁は、カレンは連邦憲法に基づく治療を拒否するプライバシー権を有しているが、それは絶対的なものではなく、州の権利との比較衡量で判断されるとし、このケースにおいては州の利益が譲歩すべきであるとして、除去を承諾した。また、人間の尊厳は、意思能力の有無にかかわらず及ぶ価値であるから、能力のある人間と同等の権利を保障するという理由で、「代理判断」の基準について、「無能力のその人がしたであろう決定について、代理判断をすることができるかどうか、裁判所が決定する」とした。クインラン事件は、治療を拒否する権利を連邦憲法に基づくプライバシー権と位置づけたものと評価することができる⁷。

クインラン事件以降の判例としては、白血病によって苦しむ深刻な知的障害の男性に化学療法を施さないことについて判断を下したサイケヴィッチ事件⁸、人生のほとんどを重度な知的障害で過ごした膀胱がんで苦しむ男性の治療拒否権について述べたストラー事件⁹、そして、治癒不可能な精神と肉体の病気によって苦しむ意思無能力の老人から栄養補給の経鼻胃チューブが除去されてよいかについて判示したコンロイ事件¹⁰があげられる。まず、サイケヴィッチ事件は、上述の患者に治療を施さないことを、プライバシー権とインフォームド・コンセントの原理の両方を根拠に許容した¹¹。これに対して、ストラー事件は、サイケヴィッチ事件判決へのアプローチを暗黙に拒否したうえで、本件のような生涯続く無能力の

場合、「もし彼が意思能力を有していたら延命治療を続けることを望んでいたか否か」というようなことについて決定を下すのは非現実的なことであると判示した。そして、「(親や兄弟や親しい人間であっても) だれか他人が、患者にとって最善だと感じているという理由で、その患者の死のもとを作ることを許容すべきではない」とし、ストラー事件のような知的障害者の治療拒否権を憲法上のプライバシー権に基づかせることを否定し¹²、そのような権利はインフォームド・コンセントの理論によって支えられていると判示したのである¹³。そしてコンロイ事件は、憲法上のプライバシー権が、患者が意思無能力であるようなケースに適用されるかもしれないとする一方で、クインラン事件でのアプローチとは異なり、コモン・ロー上の権利である自己決定とインフォームド・コンセントに依拠させた¹⁴。コンロイ事件は、自己決定を行う権利は、比較衡量ののち、たいてい対抗する州の利益に勝るのであり、意思能力者ならば、たとえ死のリスクがあろうと治療を拒否することが許容されるとした¹⁵。コンロイ事件判決によると、自己決定権は、単に個人がその侵害を感じることができないという理由だけで喪失するものではなく、意思能力を有しない個人であっても、治療を拒否する権利は有している。そのような権利は、明白な証拠が存在する場合には、「主観的な基準」を使って代理の意思決定者によって行使されうるし、それが欠けている場合は、裁判所によって、「客観的な最善の利益の基準」の下で援用されうる¹⁶。そして、(主観的基準の見地では不十分な程度に) 患者が治療の中止を望んでおり、延長された生命の満足がその痛みや苦しみに著しく劣っているという場合には、「制限—客観的な基準」の下で、治療は中止されてよく、そしてもし、信用できる証拠が何もなく、その苦しみが生命維持治療の実施を非人道的なものにしているならば、「純—客観的な基準」が、治療を中止するために用いられうるという¹⁷。

以上の判例をふまえると、クインラン事件は、治療を拒否する権利を「連邦憲法上のプライバシー権」に根拠づけたが、それ以降は、治療拒否権を「コモン・ロー上のインフォームド・コンセント」もしくは「コモン・ロー上の権利と連邦憲法上のプライバシー権の両方」に根拠づけている。そして、事案の対処としては、アメリカの裁判所は、治療を拒否することが生命を短縮することにつながるような場合でも、基本的に拒否権を承認しているとみることができる。ストラー事件では、治療の拒否を承認しなかったが、その理論構成は以下のとおりである。すなわち、インフォームド・コンセントを基に、ストラー事件における「人生のほとんどを重篤な知的障害で過ごした男性」について、治療拒否権の行使を否定したわけだが、拒否権を承認した他の事案との違いは、患者が一度も判断を行ったことがなく、決定に際し患者の価値観ないし意思(すなわち自己決定)を推定することすらできないという点にあるのではないかと考える。そのような意味で、治療を中止することについて、アメリカの判例の考え方は、文字通り「自己決定」に依拠するものであるといえよう。

クインラン事件を契機に「リビング・ウィル」に関する法規制を発展させてきたアメリカ

では¹⁸、現在も、(終末期を含む)医療について「自己決定」こそが重要であるという考え方が定着しており、オレゴン州などの少数の州では、患者の意思に基づき医師が楽に死ぬる薬剤を処方すること (physician assisted suicide) を認めるところもある。

第2節 治療に関する自己決定が有する正当化効力

一方で、医的侵襲 (すなわち「傷害」とされうる治療) に対する正当化要件としての自己決定 (患者の同意) については、イギリスでより早くに認められていた。1767年には、Slater v. Baker & Stapleton事件¹⁹において、治療の前に患者から同意をとることは外科医にとっては慣行なのだから、「医師は法的に有効な治療を開始する前に、その患者の同意を得なくてはならない」とされた²⁰。ただし、これは患者の権利といった発想によるのではないという²¹。イギリスでは、アメリカとは異なり、患者の権利そのものよりも、「医の慣行」にかなっているかどうかという点に重きがおかれたといえるのである²²。そして、いわゆるF事件²³では、①自己決定による判断能力を有する者の治療拒否は、コモン・ロー上の権利として是認されるものであり、②判断能力を有しない者については、医の慣行に照らし、かつ患者の最善の利益を考慮し決定する、という原則が確立した。

その後、治療に関する自己決定が生命に影響を与える場合について、イギリスの裁判所は、「患者の最善の利益」論とよばれる見解へとたどり着く。PVS患者の生命維持処置の打ち切りについてイギリスの裁判所がはじめて判断を下した、いわゆるアンソニー・ブランド事件²⁴である。ブランド判決は、最善の利益という理論を用いて、「医師は患者の生命のために永遠に努力しなくてはならないという義務の下にはなく、患者が脳死状態にあることが疑いない状況では、医師は治療を中止することが許容される」という結論に至る²⁵。

現在イギリスでは、自殺を幫助することは制定法上の犯罪であり²⁶、本人の同意を得て殺害することは殺人罪である²⁷。周知のとおり、イギリスの医療制度は、上記ブランド判決の当事者でもあるが、NHS (National Health Service) である。この制度が国民に相当な信頼を得ているという背景があるためか、イギリスでは、患者の自己決定権に一定の距離をとり、(メディカル) パターナリズムに一定の意義を認めているように思われる。このことは、近年とくに、ヘルスケア専門家や医療従事者が行う自殺関与を依然として犯罪であると強調する立法指針がたてられている一方で、素人が同情等に動機づけられて自殺を幫助した場合などは起訴されないという実務があることから推察できるだろう^{28 29}。

また、ドイツでは、1894年のライヒ裁判所による結核性腫瘍の足の切断に関する判決³⁰において、次のような判断が下された。すなわち、治療行為は、それが医学上正しく行われ、かつ成功して治療の成果をもたらした場合であっても、刑法上の構成要件を充たし、その違法性が阻却されるためには、原則として患者または法定代理人等の同意が必要であるとしたのである³¹。その後、1957年には、患者の自己決定権を、ボン基本法2条2項の保障する「生

命・身体不可侵の利益（Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit）」として理解する刑事判決が出された³²。さらに、1958年「第2電気ショック判決」³³、1959年「放射線判決」³⁴と続いた民事判決にて、連邦裁判所は、患者の自己決定権が基本法2条2項の保護する権利であることを確立させたのである。

このように、イギリスとドイツでは、治療に関する自己決定を、（侵襲を伴う）治療行為を正当化する効果を有するものとして取り扱ってきたことが確認できる。その根拠につき、イギリスでは「医の慣行」と表現されていることについての検討は、その根拠を「患者の自律」とすることとどのような相違があるのかを含み、次節で検討するが、イギリスやドイツにおいて、「患者の自己決定」は、刑法上は「被害者の同意論」に位置づけられるとみることができよう。

第3節 検討

治療に関する自己決定を、治療に関して同意をすることとした場合、それが必要とされる根拠としては、大きく「患者の自律」を基礎とすることのほかに、「医の慣行」から導かれることも確認された。前者は患者の側からみた権利を重視し、後者は医師—患者関係に基づくものとして患者の自己決定が要求される根拠としており、両者は性質を異にするように思われる。しかし、よく考えてみると、そのような「医の慣行」が定着するには理由があったと考えられる。少なくとも、「患者の望まない（侵襲を伴う）治療行為を行ってはならない」という命題が存在したからこそ、患者の同意を得なくてはならないという慣行が定着したのではないだろうか。そうすると、両者は完全に無関係のものではなく、治療に関する自己決定権の根底には、共通して「患者の自律権の尊重」があるようにも思われる。

しかし、これは、「医の慣行」という観点からの考察が無意味であるとする趣旨ではない。慣行には、医師と患者の関係が不可欠であり、そこには、「医師の義務」の範囲を画する効果があると考えられる。すなわち、医師—患者関係を前提とすることで、第三者との区別が可能となり、医師—患者関係がある限り、ケアする義務も存在し続けていると考えることができる。そこには、道徳的関係や法的関係も含まれるだろうが、重要なのは、患者の意思や要求を尊重することが、その基盤にあり続けるということである³⁵。

したがって、治療に関する自己決定は、原則として、その根拠を患者の自律の尊重に基礎づけるべきであるが、その効果や範囲については、医的慣行や法的背景（メディカル・パターンリズム等）による実社会に妥当な検討がされるべきであろう。

第2章 刑法上の自己決定

以上、自己決定権そのものの根拠ならびに性質について概観を行ったが、刑法上の問題を考察する際には、自己決定をどのように把握するべきなのだろうか。

治療に関する自己決定は、刑法上の法益と関連した考察を行う場合、まず自己の生命・身体に関わる事柄についてその処遇を自分で決定することであるといえる。ここで検討しなくてはならないのは、自己決定の効力は、純粋な生命・身体を超えた範囲にまで及ぶのかということである。言い換えると、治療に関する「自己決定」を刑法的に考察する際に、それは法益に付随した「処分権」なのか、それとも生命・身体等の客観的法益から独立したひとつの「利益」なのかということである。たとえば、いわゆる輸血拒否事件のような事例に即して考えると、「輸血という侵襲的な治療行為によって侵害される身体法益」や「輸血を拒否することで結果的に惹起される生命法益への具体的危険」の問題なのか、それとも「望まない輸血治療を施されることそのもの」の問題なのか、ということである。現在のところ、わが国の裁判所が判断を下した輸血拒否事件は民事判例であるので、「精神的損害」を与えたということで損害賠償の請求を認めているが、刑法上は、生命・身体に対する法益侵害なのか、自由に対する法益侵害なのかということを、構成要件に照らしつつ検討する必要がある。

第1節 憲法13条と自己決定権概念

自己決定の自由を自己決定権として捉え、それが刑法上、個人の保護法益の処分権に付随するものか、それとも独立した別個のものとするかを検討する際に、まず、憲法学上の論争を簡単に確認したいと思う。

わが国の憲法は、その13条で「個人の尊重」として概括的に人権保障をし、後段で「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」として、いわゆる幸福追求権を規定する。そして、自己決定権は、個々の人権規定が保障する各種の自由の上位概念として、この13条幸福追求権に根拠が求められる³⁶。それをうけて、憲法上の学説の多くは、自己決定権を幸福追求条項の中に含めて理解しているというわけである³⁷。しかし、その内容については、以下のように見解が分かれる。

まず、「人権」を「人が人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で不可欠な権利」と捉え³⁸、そのうち13条によって補充的に保障されているものを「狭義の人格的自律権」と呼び³⁹、その中で人格的価値そのものにまつわる権利等を除外したものを「最狭義の人格的自律権」とし、これが「自己決定権」にあたる⁴⁰と解する（ア）人格的利益説（ないし人格的自律権説）がある。

これに対して、（イ）一般的自由権説は、13条後段は個々の自由権規定の間隙を補充して一般的自由権を保障する総則規定であると説き⁴¹、自己決定権についても、「他人に危害を加えない限りで何でも行うことのできる自由の権利」と捉える⁴²。

ここでは、憲法上の議論に詳細に立ち入ることはしないが⁴³、以下刑法上の自己決定に関して論じるにあたって、憲法上の見解をふまえ、次のことを確認しておきたい。すなわち、「自己決定権」は、憲法上は「権利」として確立したものであるとしても⁴⁴、はたして刑法上

も「権利」とするべきかについては、別に検討する必要があるだろう。

第2節 自己決定を独立した利益と捉える見解

曾根威彦は、国家刑罰権介入の正当化根拠や、パターンリズムと関連して、刑法の謙抑性を重視し、基本的に自己侵害行為に対しては刑法の介入を認めるべきではないとする立場に立ち、ソフト・パターンリズムの原理を限度としてのみ刑法の介入を認める（イ）一般的自由権説を支持する。「自己決定の自由」を、刑法上保護に値する利益（法益）のひとつに数えることができるとするのである⁴⁵。彼によると、自己決定の自由または自己決定権というとき、そこには①自己決定それ自体の問題と、②「何についての」自己決定かという自己決定の対象ないし客体の問題とが含まれているという。そして、①が憲法13条前段の「個人の尊重」思想から導かれる利益に共通の横断的な総論的側面を示しているのに対し、②は憲法13条後段の幸福追求権および14条以下に規定されている各種の具体的な権利・自由、その意味での類型的な各論的側面を示しており、これを刑法に引き直すと、②が各論で扱われる生命・身体・自由・名誉・財産といった法益にあたるのに対し、①がまさに自己決定そのものの価値・利益を体现しているという⁴⁶。

曾根威彦は、「個別具体的な法益についての自己決定」とは別に、「一般的・抽象的権利としての自己決定」の存在を認めており、これは先の憲法上の議論に完全には依拠していないと考えられる。しかし、後者の一般的・抽象的権利としての自己決定が、その内実を「意思決定の自由」であるとしたら、刑法的に別個独立した権利とすると同時に、「自由法益」そのものとの区別が不明瞭になる。そうすると、治療に関して考察しても、（患者の）自己決定権の侵害は、強要罪等を成立させるにとどまるということになる可能性もあるだろう⁴⁷。

第3節 自己決定を法益処分権と捉える見解

町野朔は、自己決定（患者の意思）を、違法阻却の段階で考慮されるべき、治療行為による患者の身体的利益の侵害に対する正当化要素として捉える⁴⁸。したがって、必然的に、この見解は治療行為傷害説に依拠することになる⁴⁹。彼は、治療行為は、それだけで客観的な利益優越性があるとしたうえで⁵⁰、それと患者の意思の関係について考察する⁵¹。すなわち、治療行為が「客観的利益優越性」を有していることがただちに正当化効力を有するわけではなく、あくまでそれが個人（患者）の選択と相反しない範囲でのみ許容されるという基本原則を導くのである⁵²。そして、患者の自己決定権は、刑法上の保護との関係においては、具体的な治療行為を受けるか否かを決定することによって彼自身が自己の生命・身体に関する利益を左右する権利であり、抽象的・包括的な彼の自由権ではないとする⁵³。

治療行為が傷害の構成要件に該当するか否かは争いがあるが、患者の意思に反する治療行為が何らかの違法行為であると評価されうることについては異論のないところと考えられ

る⁵⁴。同意 (Einwilligung) は、合意 (Einverständnis) と異なり、法による保護の放棄を含むものと考えられている⁵⁵。したがって、患者の自己決定が、治療行為における患者の同意の問題であるならば、通常刑法総論上の同意論と著しく乖離した議論は適切でなく、治療に関する自己決定は、刑法上考察すると、患者が有する法益の放棄に関する決定権（法益処分権）であると解するのが妥当であろう。もっとも、これは、被害者の同意と患者の同意を完全に同一の性質のものと解するという趣旨ではない⁵⁶。

また、町野説の特徴は、治療行為における患者の意思を「拒絶権」として捉え、その拒絶権を行使しないことを、治療に同意することと類似の効力を有する正当化事由として理解する点にある。すなわち、それまでの判例の立場⁵⁷と異なり、患者の「意に反した」治療行為と「同意のない」治療行為を区別するのである⁵⁸。客観的な優越利益の原則を充たしていないという意味で治療行為と異なる通常の傷害行為は、その正当化のために被害者の承諾が現実存在している必要があるが、治療行為に対する患者の同意はそれとは異なる^{59 60}。患者の意思を検討するにあたって、「同意がない」と「拒絶している」ことの有無に重点をおくこのような見解を基本的に妥当とし、以下検討を行う。

第4節 検討

患者の拒絶意思に強い効果を認めようとする町野説は、治療侵襲の結果・危険の受忍を患者が拒絶するときには、結果の発生は、たとえ治療行為が医学的に理由のあるものであったとしても正当化されない⁶¹とするものである⁶²。これについて検討するために、「死ぬ権利」について判断を下したアメリカの判決であるナンシー・クルーザン事件⁶³を確認する。これは、交通事故で脳に障害を引き起こしたナンシー・クルーザンが、三週間経っても昏睡から回復しないので、夫（後に離婚）の許可の下、胃に直接水分と栄養を送り込むためのチューブを取り付けられたが、その後も回復の徴候はなく、遷延性植物状態患者となった事件である⁶⁴。ナンシーの両親は、娘をこのような状態で生かし続けるべきではないと考え、栄養補給チューブを取り外す許可を求めて訴訟を起こしたが、それに対して、アメリカの連邦最高裁判所は、「生命維持治療を中止するという無能力者の望みは、『明白で説得力のある証拠 (clear and convincing evidence)』によって証明されなくてはならない⁶⁵」という判断を下したのである⁶⁶。

これは、「治療を拒絶する」という意思について厳格な証明基準を設けるということである。ナンシー・クルーザンは昏睡状態であったため、生命維持治療の「継続」に対しても、拒絶と同様に、現実の同意が存在しているわけではなかった。しかし、連邦最高裁は「拒絶意思」に対してのみ「明白で説得力のある証拠」という厳格な要求をすることを認めているのである。そこからは、患者の拒絶意思がある場合には、医師はそれに従わなくてはならないことを想定していることが伺える。このことは、たとえ当該治療の拒絶によって自己の身

体あるいは生命に対する重大な危険が不可避となるとときであっても、医師は患者の拒絶意思を無視して治療行為を断行することは許されないとする町野説⁶⁷と通底するものといえよう。

患者の自己決定についてこのように考察すると、専断的治疗行為は、同意がないにもかかわらず行われる治療行為ではなく、患者の拒絶に反して行われる治療行為であるということになる。そして、それは場合によっては生命にかかわる問題となる。以下では、刑法上の自己決定は「患者の法益処分権」に付随するものであり、そしてそれが「同意をしていない」場合と「拒絶をしている」場合で区別されるべき効力を有するという見解に立ったうえで、専断的治疗行為との関係について検討を行う。

第3章 専断的治疗との関係

上述の刑法上の自己決定（患者の同意）の法的性質に関する検討は、いわゆる専断的治疗行為の法的評価に影響を及ぼす。治療行為の評価に関しては、患者の「同意」もしくは「拒絶」が、現実是否存在するか、それとも推定的に認められるかという分析も行われているが⁶⁸、本稿では、「生命に対する危険があるか否か」によって区別し検討を行いたいと思う。上述の通り、治療は身体への侵襲を伴う行為であり、結果としても改善が保証されているわけでもないため、治療に関する自己決定は、刑法上「法益に関する処分権」と考えられる。治療は健康の維持・増進に向けられた行為であり、最終的には生命の維持・延長となることもあるが、治療の結果、かえって健康状態を悪化させたり、生命に危険を及ぼしたりする可能性もある。ところで、日本を含み世界的に、法律は生命を特別扱いしている。生命は個人法益であるにもかかわらず、生命に対する処分権は全面的に個人に認められるかという問題があり、専断的治疗行為についても、それが生命法益に関わる場合とそれ以外に関わる場合に分けて考察すべきであろう。侵襲的治疗行為によって直接侵害を受ける法益は、「治療を拒絶する自由」という意味での自由法益（強要）等も考えられるが、そのような見解には依拠しない。前章で検討したように、患者の自己決定は、自身の法益の取扱いに関する決定であると解する以上、その刑法的機能は、原則として被害者の同意のそれと同じとすることができ、以下では、（１）患者の意思に反して（侵襲的）治療行為を行うこと自体が傷害罪との関係で問題となる場合と、（２）治療を行わなければ生命に危険が生じるため、殺人罪との関係が問題となる場合とに分けて考察を行う。

第1節 身体法益と専断的治疗行為

「専断的治疗」について法規定のないわが国では、それが何を指すのかは必ずしも明らかではないが⁶⁹、ここで検討するのは、治療に同意していない患者に対して行われる治療についてである。

まず、患者が同意をしていない治療行為が、自由に対する法益侵害ではなく⁷⁰、身体法益

に対する侵害であることを出発点とする⁷¹。これと関連して、わが国での専断的治療についての判例は民事事件に限定されるが、それを違法であると初めて認めた乳腺症判決⁷²は、以下のように述べている。

「医師が行なう手術は、疾患の治療ないし健康の維持、増進を目的とするものであるが、通常患者の身体の一部に損傷を生ぜしめるものであるばかりでなく、患者に肉体的な苦痛を与えることも少なくないのであるから、治療の依頼を受けたからといって当然になし得るものではなく、原則として、患者……の治療の申込とは別の手術の実施についての承諾を得たうえで行なうことを要すると解すべきであり、承諾を得ないでなされた手術は患者の身体に対する違法な侵害であるといわなければならない〔傍点筆者〕」。

ここで、専断的治療を生命の場合と区別し身体に対する問題に限定して考察することの根拠は、「傷害罪と被害者の同意」、すなわち同意傷害に関する議論にある。傷害罪において、同意によって違法性が阻却される要件や範囲については、①承諾があっても社会的に相当でない傷害行為は違法であるとする社会的相当性説⁷³、②承諾を得ていても、身体 of 重要な部分に回復不可能な損傷をもたらす行為は違法であるとする重傷害説⁷⁴、③生命に危険のある重大な身体傷害は、同意によって正当化されないとする生命危険説⁷⁵、④重大な傷害であっても、その種の自傷行為が不可罰であるのと同様に、有効な同意があれば違法性は阻却されるところとする不可罰説⁷⁶などがある。被害者の同意の正当化根拠を、自己決定権に求めるとすれば、基本的には、④説（または③説）が妥当であろう⁷⁷。ここで重要なのは、傷害罪を正当化しうる「有効な同意」は、あくまで生命に危険がない範囲しかカバーしないということであり、これが「身体」法益に対する侵襲と「生命」に対する侵害（危険）を場合分けし、患者の同意（自己決定）の有する効力も区別すべきであるとする根拠である。

そして、専断的治療行為のうち、身体法益への危険に検討対象を限定すると、そこには（ア）患者の同意を得ていない治療行為と（イ）患者の明示的意思に反する治療行為が混在していることに注意しなくてはならない。「（現実的）同意が表明されていない」と「現に拒絶意思が表明されていること」は区別されるべきであり、（イ）患者が現実的に治療を拒絶しているにもかかわらず行われた治療行為は、違法な専断的治療行為と評価されるということになる。

しかし、これはあくまで危険が「身体法益」に限られる場合であり、医師が説明をしたうえで患者の意思を確認する時間的余裕等があることが前提とされるのであり、生命に対する差し迫った危険が存在する場合は、異なる検討が必要であると考えられる。

第2節 生命に関わる緊急を要する治療行為

当該治療の施術の有無が、患者の生命に影響を及ぼす場合というのは、いわゆる「遅れる

と危険 (Gefahr im Verzug)」の場合と言い換えることができる。むろん、たとえばその治療を行うか否かで患者の余命が3年から2年半になる可能性がある場合なども、広い意味では生命に影響を及ぼす場合と言えなくもないが、本稿では、その治療を行わないことが直接的に患者の死を惹起する場合を念頭におく。そのような意味で、「生命法益に関わる専断的治疗」に関する議論も、場合分けが必要であると考えられる。「遅れると危険」である以上、交通事故等で意識不明の重体で運び込まれてきた患者であろうと、予定していた手術を開始したところ思わぬ新たな腫瘍を発見し摘出の必要があるという場合であろうと、「患者に説明をし、新たな同意を得ること」が不可能な場合が想定される。その際区別して論じるべきなのは、(ウ) 患者の意思が単に不明である場合と、(エ) 患者がその治療行為を拒絶する意思を事前に表明していた、もしくは拒絶することが推定される場合である。

患者の「同意がない」場合と「拒絶意思が表明されている」場合の区別を重視する本稿では、(ウ) 患者の意思が単に不明である場合は正当化される余地が多分にある。しかし、(エ) 患者がその治療行為を拒絶する意思を事前に表明していたような場合は、「(現実の) 拒絶意思がある」場合との関係を検討する必要がある。

このような、患者の事前の希望・信念などが当該治療行為に否定的である場合について、町野朔は、医師は「生者の意思 (living will)」と呼ばれる指示書によって延命措置を拒絶する意思に必ず従わなくてはならないとすることはできないとし⁷⁸、緊急治療行為においては一律に患者の推定的同意との合致を認め、医師の刑事責任を否定するのが正当であるとす⁷⁹。たしかに、意識を喪失している患者の生命を救おうと尽力した医師が可罰的と評価されるのが不当であるという結論は適切であるし、患者の意思が事前に表明した時点と手術時点で同一であるという証拠がない以上、その事前意思に絶対的効力を認めることには慎重であるべきだろう。しかし、「患者の拒絶意思」に、「単に同意のないこと」とは区別された効力を認めようとする以上、その根拠づけに関しては、客観的利益衡量からヒントを得ることも説得的ではないかと考えられる。すなわち、医師が保護しようとするものが患者の「生命」法益であることに着目すると、「患者の自己決定権」対「生命法益」という比較衡量の式にあてはめられるのである。すでに確認した通り、刑法上の自己決定権は、自己法益の処分につき決定する権利である⁸⁰ので、「患者の自己決定権」対「生命法益」は、「(医的侵襲によって侵害されうる) 身体」対「生命」と同じものであり、緊急避難理論によって正当化されることになる。このとき、患者が治療を施さないことによって自己の死が惹起されることを理解したうえで治療を拒否していたとしたら、「生命」をも放棄しているとみることができ、保護に値しないという批判も考えられる⁸¹。すなわち、他人のためにする緊急避難は、本人の意思に反しないことを要件とするかということである。これについては争いがあるが⁸²、たとえ本人が法益保護を放棄している場合にまで緊急避難を肯定する必要がないとしても、わが国の刑法が202条にて自殺関与・同意殺人について処罰規定が設けている以上、(自殺や

生命法益の法的性質をどのように捉えるとしても）自己の生命について完全な処分権が認められているとは考えにくい⁸³。したがって、生命法益に限っては、患者がそれを放棄しているという事実、第三者からみてそれが保護に値しないとする程度の効力はなく、医師は患者の意思に反して生命を救うために手術をし、身体法益を侵害したとしても、患者の（より高次の）生命法益を守るためであるので、37条による正当化が可能と考えられる⁸⁴。

第3節 小括

以上の検討をもって、専断的治療行為に関する結論を整理しておきたい。

まず、専断的治療について考察する際、その治療行為の対象が生命である場合と身体である場合で分けて考えるべきである。身体への影響にとどまる治療行為の場合は、原則的に、医師は患者の意思（自己決定）に反することはできないと考えられる。ここで「患者の意思に反することができない」というのは、患者の現実の拒絶意思に反することはできないという意味である。単に同意がない場合、すなわち、患者の意思が不明な場合や、手術中に手術の拡大や変更があった場合等には、基本的には推定的同意で判断すべきであり⁸⁵、通常の被害者の同意における推定的同意の認定よりも、患者の推定的同意は認められやすくあるべきだと考えられる⁸⁶。そして、当該治療行為が、直接生命に影響を及ぼす場合には、患者の意思に反して治療を行ったとしても、医師を不処罰とする余地があると考えられる。なぜなら、生命という法益は、「軽度の」や「著しく」等の侵害の程度もない、唯一無二かつ回復不可能な法益である。それゆえに、生命法益は他の法益よりも高次の法益と認めることができ、他人の生命に対する現在の危難が存在する場合には、緊急避難論による解決が可能と考えられるからである。患者の自己決定論ではなく、緊急避難論による解決が可能ということは、医師は、生命に影響する治療行為の場合、患者の意思に従って治療を行わないことも、患者の意思に反して治療を行うことも、どちらも不処罰となる余地があるということであり、医師の側に裁量の余地を認めるということが可能ということである。たとえば、いわゆる輸血拒否事件⁸⁷を例にとると、輸血をしなければ患者の生命を救えないにもかかわらず、患者が輸血を拒絶していたという場合、輸血（を伴う治療）を行うことも行わないことも許容されうるということである。

そして、その前提的見解として、患者の自己決定が、「同意を表明していない」場合と「拒絶意思を表明している」場合では、患者の意思が有する法効果に違いがあると考えられる。これは、コモン・ローの観点からの考察によっても説得力のある解釈であると考えられ、拒絶意思の証明には高い基準が要求されるとしても、その分拒絶意思には、単なる不同意よりも強い効果を認めることができる。すでに述べたように、患者の意思は、医師の責任との関係においては、自己決定の尊重という側から重んじることができるし、生命法益の重要性・優越性という側から劣後することもありうる。「拒絶意思」の有する効力の問題は、ナンシ

ー・クルーザン事件のような生命維持治療の拒絶が問題となるような場合、すなわち「死ぬ権利」の問題にも関連するものである。本稿では検討の紙幅が残されていないが、今後の課題としたい。

おわりに

患者の権利と言いつても、そこには倫理的権利⁸⁸から法的権利まで多岐に渡る権利が存在する。その中でも、患者の自己決定権というのは、法的にも重要な権利であり、それについては多方面から多くの研究がなされてきた。刑法的には、その自己決定が、「法益を放棄する」方向に働く場合に問題となる。したがって、自己決定権の議論は、法益を放棄することに対する（患者の）同意の問題と言い換えることができ、刑法一般に論じられる「被害者の同意」論との関係が、常に意識され論じられることになるのである。

本稿では、刑法解釈論からみた自己決定の法的性質の検討を主眼におき、治療に関する自己決定が影響を及ぼす刑法上の問題として、専断的治療行為の違法性について考察した。自己決定がかかわる問題は決して専断的治療のみに限られないが、患者の自己決定が生命を短縮する方向に働く場合は、そのまま終末期医療の問題にもなる。本稿は、患者が治療を拒絶したにもかかわらず治療を実施した場合にも正当化の余地があるという理論であるが、他方、患者の意思に従い治療を実施せず、生命を延長しない場合にも正当化の余地があるかは、なお別問題として問われる。患者の意思については、その法的性質のみならず、内容の真摯性や表明方法の要件論など、検討すべき課題は尽きない。患者の自己決定に関する検討を根幹に、さらなる研究を今後の課題としたい。

-
- 1 インフォームド・コンセント法理の議論の展開について、詳細は以下を参照。唄孝一『医事法学への歩み』岩波書店（1970）、浦川道太郎「医師の説明義務」判タ493号（1983）123頁以下、廣瀬美佳「患者の承諾と医師の説明義務」早稲田大学法研論集59号（1991）137頁以下、石崎泰雄「債務不履行における『帰責事由』の機能」早稲田大学法研論集62号（1992）第5章7等。
 - 2 なお、治療行為そのものの法的性質については、大きく「治療行為傷害説」と「治療行為非傷害説」のふたつが唱えられている。治療行為傷害説にたつ論者として、金澤文雄（「治療行為」木村亀二編『現代法律学演習講座刑法（総論）』青林書院新社（1955）255頁以下）等、治療行為非傷害説に立つ論者として、町野朔（『患者の自己決定権と法』東京大学出版会（1968）87頁以下）等が挙げられる。本稿は、原則として治療行為傷害説に依拠して論を進める。
 - 3 五十子敬子「意思決定の自由—死をめぐる自己決定について—」憲法論叢17号（2010）13頁。

- 4 加藤一彦『憲法（第3版）』法律文化社（2017）52頁。
- 5 芦部信喜『憲法（第6版）』岩波書店（2017）126頁。
- 6 In re Quinlan, 137 N. J. Super 227 (at 38-42) [1975] .
- 7 クインラン事件についての先行研究は多数存在する。たとえば、わが国では、甲斐克則『尊厳死と刑法』成文堂（2004）9頁以下、唄孝一『生命維持治療の法理と倫理』有斐閣（1990）247頁以下、289頁以下等で紹介・検討されている。
- 8 In Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz, 370 N.E.2d 417 [1976] .
- 9 In re Storar, 420 N.E.2d 64 [1981] .
- 10 In re Conroy, 486 A.2d 1209 [1985] .
- 11 Id., 370 N.E.2d, at 424.
- 12 Id., 420 N.E.2d, at 73.
- 13 Id., 420 N.E.2d, at 70
- 14 Id., 486 A.2d, at 1223.
- 15 Id., 486 A.2d, at 1225.
- 16 Id., 486 A.2d, at 1229-1233.
- 17 Id., 486 A.2d, at 1231-1233.
- 18 カリフォルニア州でリビング・ウィルに法的効果を認めるための法律が「自然死（Natural Death Act）」として制定された（1976年）のを皮切りに、1990年代には、「連邦患者自己決定法（the Federal Patient Self Determination）」、「the Value History」、「the Medical Directive」、「Five Wishes」と、続々と事前指示に関する法制化や取り組みが進められた。岡村世里奈「事前指示をめぐる世界の状況と日本」病院72巻4号（2013）282頁。
- 19 Slater v. Baker & Stapleton, 95 Eng. Rep.860, 2 Wils.K.B359 [1767] .
- 20 Slater判決は、このような歴史的法準則が適用された最初の判決であるとされる。Appelbaum, C.W.Lidz & A.Meisei, Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice, at 36 [1987] .
- 21 古川原明子「治療行為とインフォームド・コンセント法理」現代法学第20号（2011）120頁。
- 22 石崎康雄「医療契約における医師の説明義務と患者の自己決定権」早稲田法学会誌第42巻（1992）41頁以下。
- 23 F. v. West Health Authority, 2 All E.R. 545 [1989] . F事件は、精神障害者である女性Fが、男性入院患者と性的関係をもち妊娠したことについて、彼女の最善の利益を考え、彼女を不妊にする手術への同意について訴えが提起され、上述のような結論が下された事件である。
- 24 Airedale NHS Trust v. Bland, 1All E. R.821. 当時17歳であったアンソニーは、深刻な怪我の結果、酸素欠乏によって脳に不可逆的なダメージを負い、いわゆる遷延性植物状態（PVS）となった。大脳皮質は機能していないが脳幹は機能しており、自発呼吸や消化機能はある状

- 態のアンソニーにつき、NHSが、あらゆる生命維持処置の中止を求めた。
- 25 詳細については、たとえば、三木妙子「イギリスの植物状態患者トニー・ブランド事件」ジュリ1061号（1995）50頁以下を参照。また、拙稿「『患者の最善の利益論』に関する一考察—Anthony Bland判決の分析を中心に—」東洋大学現代社会研究第14号（2017）135頁以下。
 - 26 イギリスでは、the Suicide Act 1961により、自殺および自殺未遂は犯罪から除外されたが、自殺教唆および幫助は軽罪（lesser offence）とされている（2条1項）。その意味で、日本の現行法（202条）とほぼ同じ状態であり、自殺関与一般を処罰しないドイツと異なる。
 - 27 自殺の幫助と同意殺人の区別については、正犯と共犯の区別に等しいとする考え方もある。Dennis J. Baker, Textbook of Criminal Law (fourth edition) [2015] p.1051.
 - 28 イギリスの自殺関与に関する動向について詳細なものとして、今井雅子「イギリスにおける自殺幫助をめぐる最近の動き—Purdy事件貴族院判決とその後—」東洋法学第54巻3号（2011）217頁以下。
 - 29 イギリスの判例の考え方は、生命短縮につながる決定を、自己決定権アプローチ以外で正当化する方法のひとつとみることができるだろう。他にも、たとえばフランスでは、「治療義務の限界」の理論に重きをおいているといわれている。甲斐克則「人工延命措置の差押え・中止（尊厳死）問題の『解決』モデル」川端博先生古稀記念論集（上）（2014）210頁。
 - 30 RGSt 25, 375 [1894] . わが国での紹介として、たとえば佐久間基「専断的治療と傷害罪（一）」法学第55巻第3号（1991）87頁以下、町野朔「安楽死——一つの視点（2）」ジュリ631号（1977）119頁以下等。
 - 31 中谷瑾子「インフォームド・コンセントの考え方」医療' 87第3巻9号（1987）33頁。
 - 32 BGHSt 11, 111. いわゆる「第一筋腫判決」。子宮筋腫切除手術の開始後に、筋腫を取り除くためには子宮全体を切除する必要があることが判明し、医師はそれについて新たに患者の同意を得ることなく子宮全部を切除した事案について、「——それが医学的に正当な理由による場合であっても——医師が、患者の事前的な許可なしに、専断的かつ専制的に、重大な結果をもたらす手術を行ったとしたら、それは人間人格の自由と尊厳に対する違法な干渉である」と判示した。本判決については、唄孝一『医事法学への歩み』日本評論社（1971）60頁以下参照。
 - 33 BGHZ 29, 46. 本判決については、唄・前掲注（32）33頁以下参照。
 - 34 BGHZ 29, 176. 本判決については、唄・前掲注（32）55頁以下参照。
 - 35 患者の望み（治療を中止することを含む）に従うことについて、義務論や医師—患者関係論から議論を展開するものとして、Antje du Bois-Pedain, The duty to preserve life and its limits in English criminal law [2013] .
 - 36 長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口編『講座憲法学3権利の保障【1】』（1994）43頁以下、山田卓生『私事と自己決定』日本評論社（1987）338頁以下。

- 37 憲法上の自己決定権の内容に関する学説は、「ライフスタイル、危険行為、生死」の三類型説（山田・前掲注（36））、「自己の生命・身体の処分、家族の形成・維持、リプロダクション、その他」の四類型説（佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』）、「リプロダクション、生命・身体の処分、ライフスタイル」の三類型説（芦部信喜『憲法学Ⅱ』有斐閣（1994））等がある。
- 38 佐藤幸治『憲法（第3版）』青林書院（1995）392頁。
- 39 佐藤・前掲注（38）448頁。
- 40 佐藤・前掲注（38）460頁。
- 41 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』成文堂（1993）240頁、同「プライバシーと自己決定の自由」樋口編・前掲注（36）224頁。
- 42 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法教158号（1993）37頁、同「自己決定権の意義と射程」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開（上）』有斐閣（1993）349頁。
- 43 竹中勲「自己決定権の意義」公法研究第58号（1996）34頁以下は、基本的立場を「人格的利益説」としながらも、一定の留保をし、「人格的利益説」と「一般的自由権説」の両説に指摘を行う。
- 44 憲法各条文中に規定される基本的人権以外に独自の人権としての自己決定権を認めることに消極的な見解もある。松井茂記「自己決定権について」阪大法学45巻5号（1995）1頁以下。
- 45 曾根威彦「自己決定の自由——憲法と刑法の交錯——」佐藤司先生古稀祝賀『日本刑事法の理論と展望（上巻）』信山社（2002）79頁。
- 46 曾根威彦『刑事違法論の展開』成文堂（2013）102頁。
- 47 大谷實『刑法講義各論（初版）』成文堂（1982）392頁以下は、（治療行為非傷害説にたったうえで）専断的治療行為は傷害罪としては不可罰だが、逮捕・監禁ないしは強要罪として処罰されることもありうるとする。ただし、現在（同『刑法講義各論（新版）』成文堂（2000）以降）は立場を改めている。
- 48 町野・前掲注（2）140頁以下、163頁以下。
- 49 町野・前掲注（2）116頁以下。
- 50 これは、成功した治療行為を前提としているものと考えられる（錯誤や故意の問題については町野・前掲注（2）118頁以下）。また、生命と身体と比較（苦痛緩和の処置が死期を早める等）の場合なども同様の評価が妥当かどうかは明らかではない。
- 51 町野・前掲注（2）165頁。
- 52 町野・前掲注（2）172頁。
- 53 町野・前掲注（2）131頁。
- 54 治療行為は、全体とすると患者の身体的利益の維持・改善を目指すものであるが、個別の場面を考えると、一時的に患者の身体を侵襲するものであり、本稿は、治療行為の法的性質に

について、原則として、治療行為傷害説に依拠して論を進める。治療行為の法的性質に関する議論として、前掲注（2）参照。また、治療行為についての法的諸問題を詳細に検討したものとして、天田悠『治療行為と刑法』成文堂（2018）がある。

- 55 EinwilligungとEinverständnisに関する検討として、宮野彬「被害者の承諾」『現代刑法講座（第2巻）違法と責任』成文堂（1979）109頁以下等。
- 56 治療への拒絶意思は、治療行為による身体への侵襲、あるいはその併発結果発生の危険という身体的不利益を是認しない意思ではあるが、その意思決定によって、治療によって得られる可能性のある利益を放棄することを意味するものである。したがって、被害者が自己の法益に対する侵害行為を拒絶する場合は、拒絶に従って侵害が行われない場合には、自己の利益に対する悪結果は何ら生じないため、それとは異なる。町野・前掲注（2）184頁。
- 57 従来の判例は、患者の有効な現実的同意が存在しないときは、有効な拒絶意思が存在する場合と同様に、治療行為を違法とする傾向にあった。たとえば、東京地判（民）昭和46年5月19日下民集22巻5・6号626頁（乳腺症判決）「承諾を得ないでなされた手術は患者の身体に対する違法な侵害である」や、秋田地大曲支判（民）昭和48年3月27日判時718号98頁（舌癌判決）「被告……のなした原告の舌半側切除の手術は、原告の同意なしに行った違法なものであった」等。
- 58 町野・前掲注（2）193頁以下。
- 59 町野・前掲注（2）197頁。
- 60 また、先の乳腺症判決・前掲注（57）は、診療契約に包含されている事項についてはすでに患者の同意が及んでいるとする。「比較的軽微な手術であつて、身体の損傷や肉体的苦痛が通常さほど重大でない場合については、手術に関する承諾が当該治療の申込に包含されてこれと同時になされたと解すべき場合が少なくないと考えられるから、医師は、手術にあたり、手術の軽重にかかわりなく常に患者の承諾の有無をあらためて確認しなければならないというものでもない」。
- 61 町野・前掲注（2）184頁。
- 62 これに対して、傍論としてではあるが、患者が合理的理由なくして手術を拒む場合には患者の同意なくとも手術しうることを認める民事判例もある。京都地判（民）昭和51年10月1日判時848号93頁。「医師は専門家として素人たる患者より患者にとってどちらがよいかの選択をなしうる場合が多いがその場合でも患者にそれを説明してその承諾のもとに手術を行うべきでありその承諾なくして手術をなしうるのは患者が合理的理由なくして手術を拒むとか緊急事態その他で患者の承諾を得られない場合たるを要し、然らざる限り手術するかしないかの選択は患者の方が優先するといわねばならない」。
- 63 In re Cruzan v Director Mo. Health Dept. 497 U.S. 261, 111 L Ed 2d 224 [1990] . ナンシー・クルーザン事件に関する検討は多く存在するが、たとえば、長岡成夫「ナンシー・クルーザン

- ン裁判——州巡回裁判所・州最高裁判所」新潟大学教育人間科学部紀要第6巻第2号（2003）249頁以下等を参照。
- 64 Id., 111 L Ed 2d, at 266.
- 65 より正確には、「生命維持治療を中止することについての無能力者の望みは、『明白で説得力のある証拠（clear and convincing evidence）』によって証明されなくてはならないとしたミズーリ州の要求は、デュー・プロセスを侵害するものではない」と判示した。
- 66 Id., 111 L Ed 2d, at 285-287.
- 67 町野・前掲注（2）187頁。このことは、患者の拒絶意思が現実治療行為時に存在するときのみ当てはまるということには注意が必要であるとする。
- 68 推定的同意と患者の同意との関係については、拙稿「刑法における推定的同意の理論—患者の意思との関係を考察するために—」東洋大学大学院紀要53集（2016）37頁以下で検討。
- 69 専断的治療について法律で規定するものとして、たとえばオーストリア刑法110条等がある。
- 70 前掲注（69）で言及したオーストリア刑法110条は、専断的治療行為を「自由に対する罪」として規定する。しかし、専断的治療行為は、刑法上、必ずしも抽象的な「自己決定権」を侵害するものでないと考えられる。武藤真朗「手術と刑事責任」中山研一・甲斐克則編『新版医療事故の刑事判例』成文堂（2010）151頁以下、184頁。
- 71 このような立場にたち、治療行為を法益論との関係で詳細に検討するものとして、天田・前掲注（54）367頁以下。
- 72 前掲注（57）。
- 73 大塚仁『刑法概説・各論（第3版増補版）』有斐閣（2005）29頁、福田平『刑法各論（全訂第3版増補）』有斐閣（2002）152頁等。
- 74 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』有斐閣（2013）224頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』有斐閣（1986）588頁等。
- 75 高橋則夫『刑法総論（第3版）』成文堂（2016）313頁、中山研一『刑法各論』成文堂（1984）47頁等。
- 76 浅田和茂『刑法総論（増補版）』成文堂（2007）206頁等。
- 77 曾根威彦『刑法原論』成文堂（2016）263頁は、同じく自己決定権についての考察を重視する立場から、③説（ないし②説）を妥当とする。
- 78 町野朔『医療と人権』221頁以下。
- 79 町野朔「患者の自己決定権」ジュリ568号（1974）47頁以下。
- 80 本稿第2章第4節。
- 81 町野朔も、衝突する利益の主体が同一であるときは、それぞれの存続を主張して対立する異なった法益主体の意思は存在せず、利益衝突解消のための最終的な原理としての優越的利益の原則が登場する以前に、当該法益主体の衝突解消の意思が優先すべき」とであるとする。町

野・前掲注(2) 166頁。

- 82 通説は、緊急避難を違法阻却事由であると解し、本人の意思に反するかどうかを問うべきではないとする(大塚仁『刑法概説(総論)第4版』有斐閣(2008)404頁、香川達夫『刑法講義(総論)第3版』成文堂(1995)189頁、大谷實『刑法講義総論(新版第4版)』成文堂(2012)300頁、野村稔『刑法総論(補訂版)』成文堂(1998)245頁、津田重憲『緊急救助の研究』成文堂(1994)163頁等)。これに対して、通説を疑問とするものは、個人保全という観点から、その他人が法益保護を放棄している場合にまで緊急避難を認める必要はないとする(山中敬一『刑法総論(第3版)』成文堂(2015)561頁、山口厚『刑法総論(第3版)』有斐閣(2016)140頁等)。
- 83 生命法益の性質、自分の生命を自分で処分することに関連し、202条や自殺の法的性質について、拙稿「自殺関与・同意殺人の法的性質について」東洋大学大学院紀要51集(2014)23頁以下。
- 84 第三者の法益を保全するために行う緊急避難について、同一法益主体の内部における利益対立や生命救助のための緊急避難等の場合分けし、詳細に検討を行ったものとして、武藤真朗「正当防衛・緊急避難における被救助者の意思」佐々木史朗先生喜寿祝賀『刑事法の理論と実践』第一法規出版株式会社(2002)85頁以下。
- 85 詳しくは、町野・前掲注(2) 193頁以下参照。
- 86 その根拠については治療行為そのものが有する客観的利益の優越性が考えられることについて本文中で言及したが、詳細は拙稿・前掲注(68)。
- 87 輸血拒否事例については、民事事件としてはあるが、実際にいくつか訴訟も提起されている。たとえば、最高裁平成12年2月29日第三小法廷判決(民集54巻2号582頁、判時1710号97頁、判タ1031号158頁)。
- 88 たとえば、1972年にアメリカの病院協会は「患者の権利章典に関するアメリカ病院協会宣言」を公表し、1981年には世界医師会総会にて同様の内容をもつ「患者の権利に関するリスボン宣言」を採択したが、これらは患者の倫理的権利について述べられたものとされている。新美育文「医師と患者の関係」加藤一郎ほか編『医療と人権』有斐閣(1984)85頁以下。

Right to Self-Determination about Treatment Refusal

NISHIMOTO, Kana

Abstract

Today, with advances in medical technique and changes in doctor-patient's relationship, human dignity and patient's rights have developed. Along with that, a lot of legal issues concerning medical care have come to be discussed. In order to justify the (invasive) treatment, patient's consent is necessary. "Right to Self-Determination" has been claimed as a decision that patients should decide whether to receive treatment or not. Whether to take to a medical practice is a personal exclusive judgment, even a minor, if there is judgment ability, his / her consent is necessary.

However, patient consent is still controversial. It also raises problems that require resolution on interpretation of the criminal law. The right to self-determination of a patient is a judgment involving highly personal interests of "life, body, health". Should self-determination right be absolutely respected even if it is a self-determination that works in the direction of disposing or infringing its interests?

This paper focuses on the Patient's Right to Self-Determination. Specifically, first of all, it survey the legal grounds for which self-determination rights regarding treatment are recognized, and then consider what kind of criminal interpretation is appropriate. Then, as the issue that the patient's self-determination affects the criminal law, it considers the treatment contrary to patient's will.

Keywords

Right to Self-Determination, right to refuse treatment, treatment contrary to patient's will